

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.786/21/1ª Rito: Ordinário

PTA/AI: 01.001441718-11

Impugnação: 40.010149924-42, 40.010150284-96 (Coob.), 40.010150328-41 (Coob.), 40.010150283-13 (Coob.), 40.010150285-69 (Coob.), 40.010149925-15 (Coob.)

Impugnante: Minas Triângulo Distribuidora Alimentícia Eireli
IE: 002385408.00-85
Ademir Fernando Borges (Coob.)
CPF: 853.687.176-87
Charles Leonardo Barbosa Pires (Coob.)
CPF: 947.133.756-91
Jamin Miguel de Souza (Coob.)
CPF: 260.064.056-87
Juliano Montandon Botelho (Coob.)
CPF: 598.553.556-87
Lívia Bellocchio (Coob.)
CPF: 476.790.186-34

Coobrigado: J.M. Distribuidora de Alimentos Uberaba Ltda
IE: 001043501.00-50

Proc. S. Passivo: Rosiris Paula Cerizze Vogas/Outro(s), Públio Emílio Rocha/Outro(s), Rossini Moura/Outro(s)

Origem: DF/Uberaba

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO – CORRETA A ELEIÇÃO – SOLIDARIEDADE. Atribuição de responsabilidade tributária à empresa Coobrigada, com fulcro no art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Legítima a manutenção do Coobrigado, real proprietário das empresas autuadas, no polo passivo da obrigação tributária, nos termos do disposto no art. 21, inciso XII e § 2º inciso II, da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – EIRELI - CORRETA A ELEIÇÃO. O titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 21, inciso XII e § 2º inciso II, da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - CONTABILISTA - CORRETA A ELEIÇÃO. O contabilista ou o responsável pela empresa prestadora de serviço de contabilidade é solidariamente responsável pela obrigação tributária, na hipótese de não recolhimento do imposto devido, em função de ato por ele praticado, com dolo ou má-fé, nos termos do disposto no art. 21, inciso XII c/c o § 3º da Lei nº 6.763/75. Contudo, a responsabilidade deve se restringir ao período em que o profissional prestou os serviços contábeis.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – SIMULAÇÃO DE OPERAÇÕES – RECOLHIMENTO A MENOR – MASSAS ALIMENTÍCIAS. Constatou-se a ocorrência de operações simuladas entre a Autuada e a pseudo distribuidora, com o fim de reduzir o pagamento do ICMS nas operações próprias e naquelas em que o ICMS é devido por substituição tributária, incidentes nas reais operações. Irregularidade apurada mediante diligências fiscais, análise de documentos fiscais, bem como nas informações que vieram aos autos em razão de buscas realizadas mediante mandado judicial. Exigências de ICMS, ICMS/ST, Multa de Revalidação simples e em dobro previstas no art. 56, inciso II c/c o inciso III do § 2º do mesmo dispositivo da Lei nº 6.763/75 e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II, da citada lei, adequada ao disposto no §2º, inciso I, do mesmo artigo. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Infração plenamente caracterizada. Corretas as exigências remanescentes.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Correta a exclusão do regime do Simples Nacional nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, §§1º e 3º da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j” da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11.

Lançamento parcialmente procedente. Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A acusação fiscal é de que a Autuada (Minas Triângulo Distribuidora Alimentícia Eireli) efetuou recolhimento a menor de ICMS operação própria e ICMS/ST referentes às saídas de mercadorias “massas alimentícias”, constantes do Capítulo 17 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no período de 01/07/15 a 31/08/18.

A irregularidade foi apurada mediante análise/diligências e conferência de documentos fiscais, corroborada pelas informações que vieram aos autos em razão da operação “Sabor que te Prende”, deflagrada pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco), Receita Estadual e Polícia Militar, cujo Mandado foi expedido pelo M.M. Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Uberaba nos autos do Processo nº 701.20.001.833-4, documentos estes compartilhados com o Fisco estadual.

Concluiu a Fiscalização pela existência de operações simuladas realizadas entre o estabelecimento da Autuada e da Coobrigada J.M. Distribuidora de Alimentos Uberaba Ltda, com o fim de reduzir o pagamento do ICMS devido nas operações próprias e por substituição tributária relativo às reais operações ocorridas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em síntese, de acordo com a Fiscalização, os negócios objeto do presente lançamento eram realizados diretamente entre o estabelecimento da Autuada a seus clientes, utilizando-se da citada empresa distribuidora apenas para reduzir uma significativa parcela do ICMS devido na operação própria e, também, em relação ao ICMS/ST devido.

Consta, às fls. 26/50, Relatório Fiscal Contábil que contém o relato completo da fundamentação, a demonstração detalhada das provas materiais, a descrição da metodologia de apuração do crédito tributário e a relação dos anexos.

Referido relatório fiscal destaca que, considerando que os reais destinatários das mercadorias são aqueles constantes das notas fiscais emitidas em nome da empresa J.M. Distribuidora de Alimentos Uberaba Ltda, tem-se que todas as operações, que se deram à margem da lei, foram operações desacobertadas de documento fiscal.

Assim, foram recompostas as operações constantes nos documentos fiscais emitidos pela citada distribuidora para os diversos clientes, considerando que as operações ocorreram diretamente da Autuada para os comércios varejistas (clientes) constantes dos documentos fiscais.

Exigiu-se, além do ICMS Operação Própria e do ICMS/ST devidos, respectivas Multas de Revalidação capituladas no inciso II do art. 56 (ICMS/OP) c/c §2º, inciso III, do citado artigo (ICMS/ST), e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, com a limitação prevista no § 2º, inciso I, do referido artigo, todos da Lei nº 6.763/75.

Foram eleitos para o polo passivo da obrigação tributária, inicialmente, além da Autuada Minas Triângulo Distribuidora Alimentícia Eireli, a Coobrigada Lívia Bellocchio, titular da empresa autuada, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, e art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional - CTN.

Informa a Fiscalização que foram lavrados 2 (dois) Autos de Infração - AI em razão da alteração no quadro societário da Autuada ocorrida a partir de 01/09/18: período de 01/07/15 a 31/08/18 - PTA ora em análise; e período de 01/09/18 a 31/01/19 - PTA nº 01.001.441.936-96.

Instruem os autos: o Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF e anexos (fls. 02/14); Auto de Infração - AI (fls. 15/21); Consolidado do ICMS, ICMS/ST e multa isolada - Planilha V (fls. 22); Mapa de conteúdo do DVD- R (fls. 23/24); mídia eletrônica contendo anexos ao AI: documentos citados no Relatório Fiscal e demonstrativos de apuração das exigências fiscais (fls. 25); Relatório Fiscal Contábil (fls. 26/50); Termos de Constatação (fls. 51/58).

Das Impugnações

Inconformada, a Autuada Minas Triângulo Distribuidora Alimentícia Eireli apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 67/113, alegando, em apertada síntese, o que se segue.

Em preliminar, alega a nulidade do lançamento, pela:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- falta de intimação acerca do início e término do procedimento fiscal exploratório em andamento desde maio de 2019, o que lhe tirou o direito de regularizar espontaneamente eventuais inconsistências apuradas;

- falta de intimação da Coobrigada, “J. M.”, para atualizar seu endereço cadastral, preferindo a Fiscalização presumir que a citada empresa não existia;

- intimação somente em 12/11/19 para a Impugnante apresentar documentos relativos às operações destinadas à “J. M.”, sem menção de qualquer indício de infração à legislação tributária e dando a entender que o escopo único e exclusivo era a apresentação de documentação fiscal das operações, nada dispondo sobre a Fiscalização já iniciada em maio de 2019 e sobre a citada desatualização do endereço;

- utilização de presunção para constituição de crédito tributário;

- ausência, pela Autuada, de qualquer poder de gerência sobre as atividades da “J. M.”, não respondendo por eventuais irregularidades praticadas pela citada empresa e só na atualidade existência de relação comercial com a citada empresa, inclusive estando sediada no mesmo endereço físico (andares distintos);

- atuação regular da “J. M.” no endereço da Av. Um, nº 204 até meados de 2015, consoante o contrato de locação anexo, relatório da própria CEMIG indicando contas vinculadas a “Juliano Botelho”, sócio da citada distribuidora e notas fiscais das operações praticadas;

- deslocamento da referida empresa após o falecimento do sócio Luiz Fernando Botelho para um galpão localizado à Rua Coronel Lane José Bernardes, nº 367, Parque das Américas, Uberaba, não sendo possível regularizar a atualização do endereço em virtude de pendências e entraves processuais no inventário;

- realização de uma parceria comercial entre as empresas para *co-working*, de forma a compartilhar espaço físico e equipamentos de apoio administrativo, inexistindo vedação legal a esse modelo operacional, inclusive porque a indústria e o distribuidor ocupam galpões com espaços totalmente separados, conforme fotos anexas;

- inexistência de irregularidade quanto aos pedidos de compra emitidos pelos vendedores de ambas as empresas, por serem meros representantes comerciais que prestam serviços para várias indústrias e distribuidores de alimentos e não apenas à Impugnante e à “J.M.”, conforme documentos anexos;

- comprovação de que a “J. M.” existe, uma vez que possui empregados, fornecedores diversos, prestadores de serviços, veículos, fretes, representantes comerciais, despesas, contratos de fornecimento de produtos com diversos clientes, comercialização de vários produtos que não possuem qualquer vínculo com a Impugnante;

- falta de uma correta investigação fiscal, em ofensa ao disposto no art. 142 do CTN e art. 89, incisos IV e V, do RPTA;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- exigência de ICMS/ST sobre 79 (setenta e nove) operações destinadas a consumidor final, restando uma majoração da base de cálculo do ICMS/ST no importe de R\$ 10.331,91;

- inaplicabilidade da alíquota geral do ICMS (18%) prevista para a apuração do imposto por débito/crédito, por se tratar, a empresa autuada, de empresa optante pelo Simples Nacional, sem que houvesse a sua exclusão do citado regime simplificado, sendo sua alíquota média de ICMS para o período autuado de 4,69% (quatro vírgula sessenta e nove por cento);

- exigência do ICMS com base no regime de apuração de débito e crédito, mas sem considerar os créditos sobre operações de entradas passíveis de apropriação e compensação, no valor estimado de R\$ 5.995,42 (cinco mil, novecentos e noventa e cinco reais e quarenta e dois centavos), em violação do princípio da não-cumulatividade do imposto.

Quanto ao mérito, afirma que:

- por comercializar alimentos rapidamente perecíveis, ela utiliza um modelo de produção e distribuição *just in time* (“bem na hora”), no qual a produção e saída de produtos são comandados pela demanda exata para atender os pedidos dos clientes;

- nesse contexto, é necessário racionalizar o processo produtivo e logístico, para evitar estoques e perdas dos produtos, sendo essencial o compartilhamento de informações com fornecedores e clientes, notadamente acerca da quantidade exata que atende os pedidos de compra dos clientes;

- o *modus operandi* da Impugnante pode ser compreendido da seguinte forma: *i – ela adquire produtos alimentícios para revenda; ii – realiza a produção de alimentos congelados conforme demanda de seus adquirentes atacadistas e varejistas; iii – a saída para distribuição de produtos congelados é imediata e para pronta entrega para atender os pedidos de compra, evitando-se a estocagem, considerando tratar-se de produtos altamente perecíveis;*

- a Impugnante não tem relação exclusiva com nenhum fornecedor ou distribuidor, sendo a “J. M.” apenas mais um de seus distribuidores sob o formato *just in time*.

- o galpão onde se instalou a “J. M.” após a negociação do compartilhamento de estrutura não é o mesmo local em que opera a indústria Impugnante, tratando-se de galpões separados e independentes que meramente compartilham a mesma matrícula do imóvel;

- as empresas também implementaram um modelo de *co-working*, baseado no compartilhamento de espaços e recursos de escritório, reunindo pessoas que trabalham não necessariamente para a mesma empresa;

- a relação entre as empresas limitava a uma parceria comercial, não havendo qualquer exclusividade entre elas, tanto que a “J. M.” revende outros produtos de forma totalmente independente e desvinculada da Impugnante;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o compartilhamento de questões administrativas explica a emissão de notas fiscais da “J. M.” no escritório da Impugnante;
- a conduta do Fisco em desconsiderar o *modus operandi* das empresas (venda *just in time e co-working*) configura arbitrária intervenção estatal na iniciativa privada;
- também comprovam a existência da empresa distribuidora “J. M.” os seguintes documentos: relação de funcionários com comprovantes de recolhimento de FGTS; notas fiscais de aquisição de mercadorias de diversos fornecedores; notas fiscais de revenda de mercadorias para diversos clientes, inclusive algumas mercadorias não industrializadas e nem comercializadas pela Impugnante; notas fiscais de representantes comerciais que intermediam as operações de compra e venda de mercadorias; propriedade de veículos e fretes contratados; contratos de fornecimento de mercadorias com diversos clientes; diversas fotos de sua estrutura e atividade operacional no galpão localizado à Rua Coronel Lane José Bernardes, nº 367, Parque das Américas, Uberaba;
- a “J. M.” é um pequeno negócio de distribuição de alimentos congelados, sendo que sua operação é focada em armazenamento, carregamento e distribuição de produtos, não possuindo grande estrutura administrativa que atrairia elevados e desnecessários custos, o que justifica o modelo adotado pelas empresas quanto ao compartilhamento de serviços de escritório;
- inexistente dispositivo legal vedando que notas fiscais sejam emitidas pelo contribuinte por meio dispositivo que não é seu, notadamente na modalidade de *co-working*;
- se o art. 4º da Lei Federal nº 6.019/74 (CLT) permite até a terceirização da atividade-fim da empresa, o que dirá das atividades intermediárias administrativas;
- se fosse razoável a presunção da Fiscalização de que a “J. M.” seria inexistente, não haveria diversas operações com outros fornecedores e industriais;
- ainda que se entendesse que referidas empresas formariam um grupo econômico, a jurisprudência é clara no sentido de que o fato de uma estruturação operacional implicar em redução de custos, por si só, não é suficiente para presumir que determinada operação é simulada;
- os pedidos de compra sequenciais e em mesma carga ocorrem visando a otimização logística;
- tais pedidos são emitidos por representantes comerciais que representam diversas indústrias e distribuidores de alimentos na região, além da Autuada e da “J. M.”, sendo comum que indústrias e distribuidores possuam os mesmos representantes comerciais;
- em razão do volume expressivo de compras de qualquer cliente, como é o caso da citada distribuidora, há uma redução na margem dos valores;
- tais preços são equivalentes aos praticados por outras indústrias e fornecedores no mercado;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- os preços praticados pela “J. M.” com seus clientes são superiores aos da indústria, pois englobam seus custos operacionais e sua margem de lucro;

- o valor total das vendas praticadas pela Impugnante com a citada distribuidora em relação ao total de vendas foi no percentual de 7,37% (sete vírgula trinta e sete por cento), o que justifica os descontos concedidos;

- de todo o modo, os preços praticados pela Impugnante estão em conformidade com os valores praticados no mercado para produtos similares;

- a MI capitulada no art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, é inaplicável, uma vez que a conduta descrita pela Fiscalização seria a de apuração a menor de ICMS/ST, sendo que as saídas de mercadorias promovidas pela Impugnante foram amparadas pelas respectivas notas fiscais;

- além disso, a diferença de débito do imposto foi apurada, exclusivamente, com base na documentação emitida pela Impugnante e pela empresa J.M., por isso, se fosse o caso, a penalidade deveria ser reduzida ao percentual de 20% (vinte por cento) previsto na alínea “a” do inciso II do dispositivo;

- também não foi observado o limitador do inciso I do § 2º do mesmo artigo, sendo que o imposto deve ser exigido com base na alíquota do Simples Nacional, ou, ainda, a referida multa isolada deveria ser limitada considerando o imposto ora exigido.

- as multas aplicadas são confiscatórias e desproporcionais, sobre as quais não cabe a incidência de juros.

Requer, caso as provas apresentadas não sejam suficientes para a improcedência do lançamento, em razão da busca da verdade material, que seja determinada diligência fiscal/perícia a partir da base de dados do Fisco do Estado de Minas Gerais, com o objetivo de provar a existência da empresa J.M. Distribuidora de Alimentos Uberaba Ltda. Apresenta os quesitos listados às fls. 115/116.

Anexa a mídia eletrônica de fls. 139 com os documentos listados às fls. 119.

Também inconformada, **a Coobrigada Livia Bellocchio** apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 142/157, em que ratifica os fundamentos constantes da peça de defesa da Autuada e acrescenta seus fundamentos de inconformismo com a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

Requer que seja reconhecida a impossibilidade de responsabilização pessoal dela, seja com fundamento no inciso II do §2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75, seja com fundamento no art. 135 do CTN, porquanto ambas as previsões legais prescrevem hipótese de responsabilização subjetiva, dependendo de comprovação da ação com excesso de poderes, infração à lei ou contrato social, o que, segundo a Defesa, não foi demonstrado, tampouco aventado pela Fiscalização.

Da 1ª Reformulação do Lançamento (inclusão de Coobrigados)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Fiscalização emite o “Termo de Reformulação do Lançamento” de fls. 169/213, por meio do qual promove a inclusão de novos Coobrigados no polo passivo da autuação, responsáveis solidários pelo crédito tributário:

- **J. M. Distribuidora de Alimentos Uberaba Ltda e Juliano Montandon Botelho**, este sócio-administrador da citada empresa e administrador de “fato” da Autuada, nos termos do art. 124, inciso II, do CTN, c/c art. 21, inciso XII, e §2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

- **Charles Leonardo Barbosa Pires**, sócio-administrador responsável pela empresa de contabilidade BRAVO – Assessoria e Consultoria Empresarial Ltda (empresa contábil que prestava serviço para a Coobrigada e para a Autuada, conforme período constante dos autos), nos termos do art. 124, inciso II, do CTN, c/c art. 21, inciso XII e § 3º, da Lei nº 6.763/75.

- **Ademir Fernando Borges**, contabilista (responsável formal pela contabilidade da Autuada e informalmente pela Coobrigada), nos termos do art. 124, inciso II, do CTN, c/c art. 21, inciso XII, e § 3º, da Lei nº 6.763/75.

- **Jamin Miguel de Souza**, contabilista da Autuada, nos termos do art. 124, inciso II, do CTN, c/c art. 21, inciso XII, e § 3º, da Lei nº 6.763/75.

Na oportunidade, são colacionados aos autos documentos comprobatórios obtidos em razão da operação “Sabor que te Prende”, deflagrada pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco), Receita Estadual e Polícia Militar, cujo Mandado foi expedido pelo M.M. Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Uberaba nos autos do Processo nº 701.20.001.833-4, documentos estes compartilhados com o Fisco estadual.

Os novos Coobrigados e as Impugnantes (Autuada e Coobrigada originais) são devidamente intimados nos termos do art. 120, inciso II e §1º, do RPTA.

Com exceção da Coobrigada J.M. Distribuidora de Alimentos Uberaba Ltda., todos os novos Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, impugnações, conforme, apertada síntese, a seguir.

Coobrigado: Jamin Miguel de Souza (fls. 237/274): assevera que consta do Auto de Infração, como fundamento legal para sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária, o disposto no art. 124, inciso II, do CTN e art. 21, inciso XII c/c o §3º do citado artigo, da Lei nº 6.763/75.

Argui nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, alegando que não obstante a capitulação, não há nos autos amparo fático ensejador da autuação aplicada.

Afirma que “a simples orientação tributária não constitui “crime contra a ordem tributária” e questiona se deveria o contador produzir provas contra o cliente.

Diz que a suposta falta de recolhimento de imposto seria oriunda das atividades das empresas autuadas ou da suposta omissão da empresa de contabilidade, Conformática, que foi quem prestou o serviço de contabilidade, e não o Impugnante, além de ter sido somente durante o período de 05/10/15 a 01/06/17.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assevera que, no caso, houve confusão, por parte da Fiscalização, da pessoa jurídica com a física, contrariando o disposto nos arts. 49-A e 50 da Lei nº 10.406/02, que instituiu o Código Civil. Entende, assim, que o Fisco apenas capitulou a responsabilidade solidária com base em lei, mas não se desincumbiu do ônus probatório e sequer apresentou qualquer elemento que demonstrasse que ele, pessoalmente, tivesse qualquer obrigação com a operação das empresas.

Argumenta que jamais agiu com qualquer culpa ou dolo, ou fez qualquer planejamento tributário para as Autuadas.

Acusa que recebeu todo o planejamento tributário, no dia 07/11/16, da empresa MAXIMIZE, sendo orientado pela citada empresa acerca de todos os aspectos tributários.

Assegura que o documento emitido pela Conformática, em 08/11/16, apresentou apenas o resumo das indicações formuladas pela empresa MAXIMIZE.

Argumenta que a Conformática limitou-se a cumprir as determinações e complementações das indicações e planejamento determinadas pela empresa MAXIMIZE no citado documento que se encontra em anexo.

Requer, ao final, seja o Auto de Infração declarado nulo. Alternativamente, seja declarado ilegítimo o Coobrigado para figurar no polo passivo da autuação, ou excluído por inexistência de dolo ou culpa da empresa Conformática. Subsidiariamente, seja a coobrigação limitada ao período de 05/10/15 a 01/06/17.

Coobrigado: Ademir Fernando Borges (fls. 278/303). Sustenta que a sua eleição para o polo passivo da obrigação tributária é insubsistente, tendo em vista a inexistência de dolo ou má-fé.

Diz que por nenhum ângulo de análise, seja com fundamento no disposto no art. 21, inciso XII ou §3º do citado artigo, ou pelo disposto no art. 124, inciso II, do CTN, é possível admitir a sua responsabilização pelo crédito tributário.

Afirma que a “pedra de toque” para se verificar tal responsabilização solidária é verificar se os atos praticados por ele estavam inquinados de dolo e má-fé.

Diz que a Fiscalização reconhece que Juliano Montandon Botelho é quem coordenava as ações e providências a serem tomadas pelo Impugnante e este atendia sem nenhum questionamento, conforme interceptações telefônicas referentes à ação cautelar cujos excertos são reproduzidos.

Reafirma que a Fiscalização tem ciência de que o Impugnante não teve poder de decisão, e que agia somente em cumprimento de suas obrigações assumidas como contador da Autuada. Sustenta que a Fiscalização não apontou nenhuma irregularidade nos procedimentos contábeis adotados por ele. E, em relação às irregularidades apontadas no Auto de Infração, não tem o contador nenhuma gestão.

Informa que compete ao contador a prestação de assessoria contábil à Autuada, não restando evidenciada qualquer irregularidade no trabalho de contador.

Destaca que o trabalho desenvolvido pelo Impugnante é tão correto que foi possível ao Fisco colher elementos suficientes para o lançamento, e que a

responsabilização dele somente seria possível caso se verificasse, por exemplo, descumprimento de obrigação acessória e a imputação de informações falsas nos documentos entregues ao Estado.

Remete a fundamento utilizado pela Fiscalização para responsabilização do Coobrigado Sr. Jamin Miguel de Souza, dizendo que aquele seria um exemplo de existência de ação direta do profissional, no sentido de prestar orientação questionável, segundo visão da Fiscalização, para que as empresas pudessem se estruturar operacionalmente, sendo possível o enquadramento da conduta como dolosa ou de má-fé, diferentemente das condutas citadas pela Fiscalização para responsabilizar o Impugnante.

Argumenta que o dolo e má-fé sequer poderiam ser atribuídos ao Impugnante sob a alegação de que ele possuiria dever formal de comunicação dos fatos narrados na autuação ao órgão regulador ou fiscalizador de sua atividade, conforme equivocadamente quer fazer crer a Fiscalização, não sendo aplicável ao caso a Lei nº 9.613/98.

Argui que também não poderia ser responsabilizado por dispositivo genérico, mencionando o art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75.

Alega que as multas são confiscatórias e não poderiam ser cumuladas.

Coobrigado: Juliano Montandon Botelho (fls. 309/334). Afirma que o Auto de Infração deve ser julgado nulo ou improcedente, em face da defesa apresentada pela Autuada, repetindo os argumentos por ela trazidos.

Em síntese, diz que ainda que se admita que ele é administrador “de fato” da Autuada, não seria possível admitir a sua responsabilização, pois a responsabilidade dos sócios de pessoa jurídica é medida excepcional e requer o preenchimento de requisitos e não há comprovação nos autos de que ele praticou atos com excesso de poderes ou contrários à lei ou ao contrato social.

Assevera que não havendo a referida comprovação, não pode a Fiscalização responsabilizar o sócio de maneira objetiva, pelo simples fato de o Impugnante ostentar esta qualidade e que não há no “Termo de Reformulação do Lançamento” comprovação de qualquer ato praticado por ele caracterizado como excesso de poder ou infração à lei, ao contrato social ou estatuto.

Fala que a Fiscalização, no “Termo de Reformulação”, impendeu todos os esforços para reforçar a qualidade de “administrador de fato” do Impugnante relativamente à Autuada, tendo citado inúmeras ligações telefônicas justamente nas quais ficaria nítida a administração efetiva dela.

Reporta-se à fala da Fiscalização sobre ele utilizar três veículos em nome de terceiros, demonstrando a ocultação de patrimônio, fato que não se relaciona com a demonstração da suposta administração de fato e não se relaciona à atuação com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou estatuto.

Acusa que o Auto de Infração, da forma superficial como construído, não permite a responsabilização do Impugnante por supostos débitos da pessoa jurídica “Minas Triângulo”.

Traz seus argumentos no sentido de que o art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75 não pode servir de fundamento para a sua responsabilização solidária.

Alega que as multas são confiscatórias e não poderiam ser cumuladas.

Coobrigado: Charles Leonardo Barbosa Pires (fls. 337/375)

Afirma que não há identificação nos documentos acerca de sua participação profissional à época das supostas infrações.

Argui que ele e sua empresa já não eram mais responsáveis pela contabilidade das demais autuadas e considera que os documentos trazidos pelo Fisco para fundamentar sua responsabilização são imprestáveis aos fins pretendidos.

Informa que a empresa BRAVO – Assessoria e Consultoria Empresarial Ltda. prestou serviços de contabilidade para a Autuada Minas Triângulo Distribuidora Alimentícia Eireli, **no período de 01/07/14 a 04/10/15**, e para a Coobrigada J.M. Distribuidora de Alimentos Uberaba Ltda, **no período de 05/02/10 a 09/03/18**, enquanto o período da autuação é de **01/07/15 a 31/08/18**.

Conclui que em apenas em três meses prestou serviços à Autuada. E que este período, na verdade, constitui-se na transição da transferência da contabilidade para a empresa que até então estaria assumindo a responsabilidade pela execução de tais serviços.

Assegura que jamais praticou qualquer ato profissional, ou mesmo pessoal, que justificasse sua autuação.

Esclarece que não presta serviço “*in loco*” para as empresas que o contratam, limitando-se “*a prestar serviços de orientação fiscal, contábil e afins de sua atividade social.*”.

Comenta que é atribuição exclusiva do Estado, “*autorizar a abertura e funcionamento das empresas, bem como fiscalizá-las, autuá-las e puni-las, bem como até mesmo fechá-las*”, não tendo a contabilidade o poder de polícia.

A empresa da qual é responsável não se enquadra em nenhuma das hipóteses das infringências que foram a ela atribuídas, além de ausente qualquer apontamento sobre vantagem em seu favor.

Reporta-se ao art. 112 do CTN e pede sua exclusão do polo passivo.

Da 2ª Reformulação do Crédito Tributário (exclusão da Autuada do Simples Nacional e exclusão de exigências de imposto referentes a saídas a consumidores finais e para outra UF).

Conforme “Termo de Reformulação do Lançamento” de fls. 379/380, a Fiscalização acata parcialmente as alegações da Defesa, excluindo parcela das exigências relacionadas com saídas destinadas a consumidores finais e com operações destinadas a outra unidade da Federação, conforme Relatório Fiscal de fls. 381/398 e anexos de fls. 399/405.

Também a Fiscalização notifica aos Sujeitos Passivos acerca do início do procedimento de exclusão da Autuada do regime especial unificado de arrecadação de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributos e contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte (Simples Nacional), previsto na Lei Complementar nº 123/06, conforme “Termo de Exclusão do Simples Nacional” de fls. 406/407.

Os Autuados são intimados acerca da reformulação do crédito tributário e do início da exclusão do Simples Nacional (fls. 408/426).

O Coobrigado Jamin Miguel de Souza e ratifica sua impugnação (fls. 427), assim como o Coobrigado Charles Leonardo Barbosa Pires (fls. 448/449).

A Autuada Minas Triângulo Distribuidora Alimentícia Eireli apresenta sua impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional e aditamento em relação à reformulação do crédito (fls. 429/443).

No tocante à exclusão do Simples Nacional, registra que já havia dito em sua defesa sobre a nulidade do lançamento pela aplicação da alíquota geral do regime de débito e crédito para apuração do ICMS, por se tratar de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, sem que houvesse a exclusão do regime simplificado.

Entende que a Fiscalização, acolhendo os argumentos da Defesa, lavrou o Termo de Exclusão do Simples Nacional em face da Autuada, em virtude do suposto cometimento de irregularidades descritas no PTA em análise.

Argui que a exclusão então efetuada decorre do entendimento de que efetivamente houve cometimento das infrações, as quais ainda estão sendo apuradas por meio do presente processo administrativo e que houve “falta de emissão de documento fiscal”.

Reitera que as irregularidades são absolutamente inexistentes, razão pela qual jamais poderia ter sido iniciado o processo de exclusão do Simples Nacional.

Advoga que a conduta descrita pela Fiscalização seria a apuração a menor de ICMS/ST, em virtude do valor adotado como base de cálculo do imposto.

Assegura que todas as operações de saída de mercadorias promovidas pela Autuada foram regularmente amparadas por notas fiscais, como também as vendas praticadas pela J.M. Distribuidora de Alimentos Uberaba Ltda.

Fala que não se sustenta a conclusão de que a J.M. Distribuidora de Alimentos Uberaba Ltda seria estabelecimento inexistente.

Aponta que o lançamento é nulo e, no mérito, não possui subsistência, razão pela qual o Termo de Exclusão do Simples Nacional também deverá ser improcedente.

Quanto à reformulação do crédito, defende ainda a necessidade de exclusão de todas as saídas destinadas a “consumidores finais” alegando inexistência de responsabilidade do vendedor por fiscalizar a aplicação/destinação do produto, dizendo que age de boa-fé.

Entende que todas as 79 (setenta e nove) operações supostamente realizadas com consumidores finais devem ser excluídas (ICMS/ST apurado R\$ 10.331,91); considera inexistente a responsabilidade da Autuada pela validação ou verificação da destinação dada às mercadorias adquiridas pelos clientes.

Reporta-se às reformulações do crédito tributário, para dizer que a segunda reformulação, especialmente em relação à exclusão das vendas para outras UF, reforçaria a necessidade de nulidade do lançamento, pois a Fiscalização reconhece a fragilidade do lançamento e reforça a necessidade da diligência fiscal requerida.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização apresenta a Manifestação de fls. 452/539.

Diz que os quesitos apresentados nos pedidos de diligência são irrelevantes para o deslinde do feito.

Em relação à alegação de ausência de intimação quanto ao início e final do procedimento fiscal, descreve as diligências iniciais nos endereços das empresas e diz que depois disso houve várias reuniões e contatos com a Autuada, que, reconhecendo a possibilidade de uma ação punitiva, chegou a solicitar cálculos para regularização espontânea.

Afirma que, uma vez informados os cálculos pela Delegacia Fiscal, a Autuada chegou a apresentar um Termo de Autodenúncia, mas, por ele estar incompleto quanto à descrição de fatos, além de não ter sido objeto de recolhimento do imposto devido, não surtiu efeitos.

Aponta que o Auto de Início de Ação Fiscal somente foi lavrado após a omissão da Autuada em concretizar a autodenúncia.

Contesta a arguição de presunção e diz que não foi apresentado nenhum contrato de parceria quanto ao modelo de compartilhamento (*co-working*) e toda a emissão de documentos ocorria nos equipamentos e nas instalações da Autuada.

Em relação às alegações sobre operações destinadas a consumidores, diz que foi reformulado o crédito, exceto em relação aos destinatários que eram contribuintes de fato, conforme demonstra às fls. 386/398.

Destaca que na reformulação do crédito também foram excluídas as exigências relativas a saídas para fora do estado.

Defende a aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento), por se tratar de operações desacobertadas de documentação fiscal e diz que todos os valores de ICMS apurados e efetivamente recolhidos pela Autuada referentes às operações foram deduzidos no levantamento fiscal.

Contesta a pretensão de abatimento de créditos por entradas, uma vez que o lançamento não contempla recomposição de conta gráfica por exclusão do Simples Nacional, mas somente as exigências relativas às saídas desacobertadas.

Quanto à alegação sobre o modelo de compartilhamento, diz que os elementos colacionados posteriormente, em decorrência da operação “Sabor que se Prende” comprovam a constatação fiscal de que o Sr. Juliano Montandon, além de administrador da JM Distribuidora, era administrador de fato da Minas Triângulo, sendo a primeira inexistente no endereço cadastrado e atuando como um braço da segunda para suprimir imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reporta-se aos elementos do relatório fiscal que indicam a inexistência do estabelecimento da “J. M.”.

Quanto aos valores das operações, afirma que os alegados descontos da Autuada para a “JM” não se confirmam nas notas fiscais colacionadas aos autos e, mesmo que existissem, eles integrariam a base de cálculo da substituição tributária.

Informa que na apuração fiscal considerou os valores reais das operações, que eram aqueles consignados nas notas fiscais em nome da Coobrigada “JM”.

Quanto a penalidade isolada, diz que o relatório fiscal aponta a ocorrência de saídas desacobertadas, sendo devida a penalidade do art. 55, inciso II, da Lei nº 6.763/75, não sendo cabível a redução a 20% (vinte por cento) da alínea “a” do dispositivo, porque o trabalho não se baseia somente na documentação fiscal da Autuada. Também diz que foi observado o limitador de duas vezes o valor do imposto incidente na operação, conforme previsto no § 2º do citado artigo, não cabendo a pretensão de se adotar para fins do limite o valor do saldo devedor do imposto.

Quanto aos coobrigados titulares das empresas envolvidas, Sra. Livia Bellocchio e Sr. Juliano Montandom Botelho, afirma que eram, pelos respectivos contratos sociais, os responsáveis pela gestão de cada uma.

Afirma que, no caso do Sr. Juliano Botelho, ele era também o responsável na condição de administrador de fato da Minas Triângulo, com total controle sobre suas operações, tendo utilizado os nomes de interpostas pessoas como titulares laranjas com o doloso objetivo de reduzir e suprimir tributos, conforme diversos documentos juntados aos autos.

Em relação ao Coobrigado Charles Leonardo Barbosa Pires, diz que ele era responsável pela empresa Bravo Assessoria, por sua vez responsável pela contabilidade da “J. M.” de 02/2010 a 09/03/18 e da Minas Triângulo de 07/2014 a 04/10/15.

Sustenta que, apesar da situação irregular da “J. M.”, a Bravo transmitia para o Fisco arquivos e documentos obrigatórios, induzindo à falsa certeza de exercício regular de atividades.

Diz que o próprio Impugnante juntou comunicações por e-mail dirigidas ao Sr. Juliano Montandom, que demonstram que ele tinha conhecimento, dava guarida e participava de todo o esquema, com suas orientações.

Argumenta que, se o Sr. Charles tivesse cumprido o disposto na Lei nº 9.613, o estado poderia ter exercido seu poder de polícia para evitar o esquema.

Quanto ao Sr. Ademir Fernando Borges, diz que este era o responsável formal pela contabilidade da Minas Triângulo e da Alimentos Congelados e que ele sabia que Juliano Botelho não era vinculado formalmente a tais empresas, mas atendia prontamente às suas ordens eivadas de dolo e má-fé, com resultado de supressão artificial de tributos, conforme transcrições de trechos do relatório de interceptações telefônicas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirma que o Sr. Ademir atuou de modo a dar aparente forma de legalidade às operações das três empresas envolvidas, mas sabia de todas as irregularidades, participando ativamente das simulações.

Reporta-se à obrigação dos contabilistas de reportar irregularidades de seus clientes ao órgão regulador, nos termos da Lei nº 9.613/98, e diz que suas ações e omissões constituem crimes contra a ordem tributária previstos na Lei nº 8.137/90.

Sustenta sua responsabilidade pessoal pelo crédito tributário no disposto no art. 124, inciso II, do CTN e art. 21, inciso II e § 3º, da Lei nº 6.763/75.

Com base nos mesmos dispositivos, defende a responsabilidade pessoal do Sr. Jamim Miguel de Souza, sob o argumento de que ele foi o orientador de todo o esquema de sonegação idealizado, na condição de responsável pela contabilidade da Minas Triângulo e da Alimentos Congelados até, respectivamente, 01/06/17 e 23/07/17, mas, antes de deixar formalmente de prestar os serviços, emitiu orientação para o comportamento fiscal fraudulento que foi integralmente seguido por seu cliente.

Diz que houve, inclusive, recomendação para que a Autuada parasse de emitir notas fiscais para não ultrapassar os limites do Simples Nacional.

Destaca, ainda, que o planejamento tributário elaborado pela empresa Maximize foi compartilhado pelo Coobrigado Jamim Miguel por um e-mail da Minas Triângulo, para que ele, Jamim, desse seu crivo.

Pede a procedência parcial do lançamento nos termos das reformulações efetuadas.

Do Parecer da Assessoria do CCMG

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 545/609, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e pelo indeferimento da prova pericial requerida e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos das reformulações de fls. 166/223 e 379/407 e, ainda, para limitar a responsabilidade do Coobrigado Charles Leonardo Barbosa Pires ao período de 01/07/15 a 09/03/18 e pela improcedência da impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional.

DECISÃO

Das Preliminares

Das arguições de nulidade do lançamento

Os Impugnantes (Autuada e Coobrigados) alegam que a empresa autuada não recebeu a intimação relativa ao início e fim do procedimento fiscal exploratório, o que lhes teria retirado o direito de regularizar espontaneamente eventuais inconsistências.

Destaque-se que o instituto da denúncia espontânea, como o próprio nome diz, tem como requisito intrínseco ser espontâneo, ou seja, anterior à ação fiscal e de iniciativa própria do Contribuinte, sem participação ativa do Fisco.

Para produzir o efeito de afastar a responsabilidade pela penalidade, o procedimento de regularização espontânea deve se dar **independentemente de qualquer pedido, incentivo ou autorização do Fisco**, em conformidade com o art. 138 do CTN e art. 207 do RPTA.

Ademais, diante das ações que antecederam a lavratura deste Auto de Infração, denota-se que a Fiscalização realizou vários contatos com a Autuada, inclusive mediante diligências *in loco*, o que lhe deu a oportunidade de cientificar-se das inconsistências constatadas antes da formalização do início da ação fiscal e até resultou na protocolização de Termo de Autodenúncia.

Entretanto, referido termo encontrava-se sem qualquer relato dos fatos que se pretendia regularizar, sendo anexada apenas uma planilha impressa com valores mensais identificados como “Soma de ICMS Operação Própria” e “Soma de ICMS ST a Recolher” (cópia gravada na mídia de fls. 25).

Comunicada sobre os requisitos mínimos para se considerar válido o Termo de Autodenúncia, bem como cientificada das inconsistências referentes ao documento protocolado e das eventuais ações fiscais subsequentes, a Autuada ficou-se inerte, sobrevindo então a ação fiscal de apuração do crédito tributário devido.

Registra-se, ainda, que não houve qualquer recolhimento de imposto efetuado em razão da referida “denúncia espontânea”.

Nesse sentido, vale dizer que o art. 211 da Lei nº 6.763/75 estabelece que a denúncia espontânea realizada em desacordo com as disposições previstas em lei ou regulamento é ineficaz:

Art. 211. O requerimento de denúncia espontânea será protocolado na Repartição Fazendária do domicílio do contribuinte, na forma e condições previstas em lei e regulamento, sob pena de sua ineficácia. (Grifou-se)

Reitera-se que, conforme Ofício exarado pelo Delegado Fiscal da DF/Uberaba (fls. 37/38), datado de **04 de setembro de 2019**, a Autuada foi comunicada que, vencido o prazo para a regularização citada, ela ficaria sujeita à respectiva ação fiscal.

Pelo lapso temporal que teve a Autuada, desde a primeira diligência realizada pelo Fisco até o início da ação fiscal, considerando o zelo das Autoridades Fiscais em informá-la das citadas inconsistências no documento por ela apresentado, para os fins supostamente pretendidos, restou caracterizado o desinteresse por parte da Autuada em sanar as citadas inconsistências, bem como em ofertar denúncia espontânea eficaz.

Conforme restou esclarecido nos autos, o procedimento administrativo que culminou com a constituição do crédito tributário buscava verificar a existência das empresas fiscalizadas e a correta emissão da documentação fiscal por parte delas, com o objetivo de conferir o fiel cumprimento da legislação tributária e fiscal, tudo devidamente documentado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A ação fiscal foi iniciada mediante a lavratura do Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fls. 2), onde pode-se ver claramente o período a ser fiscalizado, o objeto da auditoria fiscal e todos os demais elementos necessários que compõem a lavratura desses documentos

Portanto, não há qualquer irregularidade no procedimento adotado pelo Fisco, que emitiu o AIAF, dando ciência ao Contribuinte do início da ação fiscal, e, tendo verificado a irregularidade ora imputada, lavrou o presente Auto de Infração.

Registra-se que o Acórdão de nº 22.847/18/3ª, citado pela Defesa, não condiz com o caso dos autos, pois trata de processo em que o Fisco cientifica o contribuinte do AIAF de forma concomitante com o Auto de Infração, suprimindo, assim, a fase inicial e importando em supressão de fase de procedimento necessariamente a ser observada em face das disposições normativas existentes.

Lado outro, tratam os arts. 66 a 68 do RPTA dos procedimentos fiscais auxiliares que **podem** ser adotados pela Fiscalização e não caracterizam início da ação fiscal, tais como monitoramento e exploratória.

No caso, de todo o relato acima, resta infundada a alegação da Defesa de que a Autuada não foi comunicada acerca de início e encerramento da ação exploratória e vedada de apresentar denúncia espontânea, tendo em vista as ações que antecederam à emissão do AIAF, bem como o **desinteresse** dos representantes da empresa em sanar as inconsistências contidas no “Termo de Autodenúncia” apresentado, mesmo diante da comunicação no sentido de que, vencido o prazo para a citada regularização, o contribuinte ficaria sujeito à ação fiscal.

Ademais, diversamente daquilo que argumenta a Defesa, não houve qualquer presunção na técnica adotada pelo Fisco, pois o presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal imputado à Autuada, como se verá na análise de mérito do lançamento.

Ressalta-se que no relatório do Auto de Infração, complementado que foi pelo Relatório Fiscal e demais demonstrativos explicativos do lançamento regularmente enviados aos envolvidos, restam identificados todos os requisitos do ato administrativo previstos no art. 142 do Código Tributário Nacional.

Portanto, não há que se falar em irregularidade nos procedimentos adotados pelo Fisco.

As demais alegações de nulidade do lançamento, arguidas pela Autuada e Coobrigados – exclusão do Simples Nacional, utilização incorreta de alíquota do imposto, ofensa à não-cumulatividade do imposto, ilegitimidade da eleição de coobrigado, dentre outras – referem-se ao mérito e serão abordadas nos tópicos específicos.

Vale dizer que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas, as penalidades aplicadas e o fundamento para inclusão dos responsáveis solidários encontram-se legalmente embasados. Todos os requisitos

formais e materiais imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do RPTA, foram observados.

Induidoso que todos os Impugnantes identificaram e compreenderam a infração cometida e se defenderam claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pelas impugnações e seus aditamentos. Não se vislumbra, assim, nenhum cerceamento ao direito de defesa ou qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Portanto, rejeitam-se as arguições de nulidade do lançamento.

Da prova pericial

A Impugnante/Autuada (impugnação ratificada por outros Coobrigados) pleiteia a produção de diligência fiscal/prova pericial, “como forma de comprovação de suas alegações meritórias, especialmente, para aferição de que a empresa J.M. Distribuidora de Alimentos Uberaba Ltda existe operacionalmente, notadamente, a partir da análise de informações constantes da própria base de dados da Fiscalização que comprovam a existência de operações com outros fornecedores além da Impugnante e quais os valores praticados” (pedido às fls. 115/118).

Contudo, todas as questões propostas podem ser solucionadas pela análise do vasto conjunto probatório constante dos autos.

Vale destacar que somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, considerando que os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos e na legislação aplicável, revela-se desnecessária a realização da perícia, motivo pelo qual indefere-se o pedido, nos termos do art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a”, do RPTA.

Do Mérito

Conforme relatado, a acusação fiscal é de que a empresa Minas Triângulo Distribuidora Alimentícia Eireli (doravante também citada como Autuada) efetuou recolhimento a menor de ICMS operação própria e ICMS/ST referentes às saídas de mercadorias constantes do Capítulo 17 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, no período de 01/07/15 a 31/08/18.

Concluiu a Fiscalização pela simulação de operações entre o estabelecimento da Autuada e o da Coobrigada J. M. Distribuidora de Alimentos Uberaba Ltda. (doravante também citada como Coobrigada/distribuidora), com o consequente desacobramento das operações de documentação fiscal hábil.

A controvérsia dos presentes autos gira em torno de se verificar se há elementos nos autos que sustentam a tese da Fiscalização de que as operações

ocorreram diretamente da Autuada aos destinatários constantes dos documentos emitidos pela distribuidora ou, como alega a Defesa, se as operações ocorreram na forma constante dos documentos fiscais emitidos pelas referidas empresas (distribuição *just in time* e compartilhamento de recursos na área administrativa – modelo *co-working*).

Verifica-se, de início, que, mediante diligência no endereço de cadastro da distribuidora, em 22/05/19, a Fiscalização constatou a inexistência do estabelecimento no local, onde, na realidade, funcionava uma academia de ginástica (imagem fls. 32 dos autos/Termo de Constatação às fls. 51).

Nesse mesmo dia, a Fiscalização efetuou diligência no endereço sede da Autuada, onde verificou que estavam sendo emitidas em equipamentos dela, Minas Triângulo, notas fiscais tendo como remetente a Coobrigada/distribuidora.

Diante dessas constatações, a Fiscalização promoveu a suspensão da inscrição estadual da referida distribuidora (retroagindo os seus efeitos a 28/01/15).

Na sequência, em nova diligência no endereço de cadastro da distribuidora, datada de 22/10/19, o proprietário da academia declarou à Fiscalização estar instalado naquele endereço há aproximadamente três anos, sendo o locatário do imóvel por todo esse período, apresentando, inclusive, uma fatura de energia elétrica em seu nome (Relatório Fiscal às fls. 52; Termo de Constatação de fls. 53 e conta de energia elétrica de fls. 54).

Outros elementos reforçam a constatação fiscal:

- histórico de consumo de energia elétrica no endereço da distribuidora registra que o Coobrigado Juliano Montandon Botelho foi titular da instalação no período de 03/08/12 a 27/01/15 (anterior ao período ora autuado);

- emissão das notas fiscais em nome da Autuada e da distribuidora a partir de um mesmo código de IP (*Internet Protocol*), conforme quadro anexo às fls. 28 dos autos;

- utilização, nas notas fiscais de ambas empresas, dos mesmos códigos das mercadorias e citação de números dos pedidos em uma única sequência em nome dos dois estabelecimentos, além dos mesmos padrões de texto, inclusive mesmos erros de grafia.

Quando da 1ª Reformulação do Lançamento, também foram colacionados aos autos elementos de prova obtidos na operação “Sabor que te Prende”, deflagrada pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco), Receita Estadual e Polícia Militar, cujo Mandado foi expedido pelo M.M. Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Uberaba nos autos do Processo nº 701.20.001.833-4, documentos estes compartilhados com o Fisco estadual (fls. 177/213).

Referida documentação demonstra que o Coobrigado Juliano Montandon Botelho era quem encabeçava a atuação das empresas Autuada e Coobrigada, com a participação dos demais Coobrigados, os quais tinham plena ciência e colaboravam para o sucesso da empreitada das simuladas operações que visavam suprimir parcela significativa do imposto devido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Constata-se que foram efetuadas interceptações telefônicas, com autorização judicial, as quais vieram a corroborar a acusação fiscal de simulação das operações entre a Autuada e a distribuidora, já demonstrada pelos elementos trazidos inicialmente no Auto de Infração, tendo vários elementos ligando o Coobrigado Juliano Montandon Botelho às empresas autuadas e aos demais Coobrigados.

Importante, ainda, destacar documento datado de 08/11/16, contendo orientação emanada pela empresa de assessoria contábil Conformática Ltda., assinado pelo seu sócio-administrador, ora Coobrigado Jamin Miguel de Souza.

Nesse documento é abordada a situação tributária das empresas e consta, explicitamente, orientação repassada pelo Coobrigado Jamin Miguel de Souza para que a empresa Autuada permanecesse no regime simplificado Simples Nacional, sugerindo, inclusive, que não fossem emitidas notas fiscais nos meses de novembro e dezembro de 2016, sendo que estas seriam emitidas pela Coobrigada J.M. Distribuidora de Alimentos Eireli), por então estar no sistema de apuração denominado Lucro Real:

À Minas Triângulo

A/C Sr. Júlio/Zanata

Nesta

Ref. Programação para o restante do ano de 2016

Em atendimento a solicitação da empresa, apresento a nossa opinião em relação à sugestão do Sócio Júlio, para o restante do ano de 2016, conforme se segue:

1 - **Minas Triângulo** - atualmente com faturamento acumulado até 30/10/16 de R\$ 3.314.749,85 (vale salientar que este faturamento está sujeito a modificar por notas fiscais que ainda não foram consideradas).

A sugestão é estabelecer o limite de R\$ 3.600.000,00, ou seja, esta empresa não poderá emitir nota fiscal nos meses de novembro e dezembro de 2016, que somado aos demais meses ultrapasse este limite.

Com este limite respeitado, se manterá no Simples Nacional para o ano de 2017, facilitando o retorno dos funcionários de produção à Minas Triângulo;

Para complementação do faturamento, será emitido Nota Fiscal da empresa JM Distribuidora que está no Lucro Real;

2 - **JM Distribuidora - deverá absorver parte do faturamento, com o objetivo de manter a empresa Minas Triângulo no Simples Nacional no ano de 2017;**

3 - **Alimentos Congelados - Alteração contratual, retirando a (Ligia) esposa do Júlio como titular e colocando outra pessoa que não tenha ligação**

familiar para que não haja por parte do Fisco, consolidação de grupo comercial:

RESUMO: A MINAS TRIÂNGULO COM FATURAMENTO ABAIXO DOS R\$ 3.600.000,00 PERMANECERÁ NO SIMPLES. JÁ A JM DISTRIBUIDORA DEVERÁ PERMANECER NO LUCRO REAL **E A ALIMENTOS CONGELADOS NO SIMPLES NACIONAL.**

ATT.

JAMIN MIGUEL (GRIFOS ACRESCIDOS).

Referido parecer, emitido pela “Conformática” e assinado pelo Coobrigado Jamin Miguel de Souza, contendo orientação sobre o comportamento fiscal das empresas supracitadas, demonstra o claro objetivo de reduzir ou suprimir tributos de forma ilícita.

Destaca-se que a citada empresa “Alimentos Congelados” figura como Coobrigada em outros PTAS que tramitam neste Conselho de Contribuintes em situação semelhante ao PTA ora em análise.

Como se depreende dos autos, diferente do que alega a Defesa, não há que se falar que a Fiscalização deixou de investigar a real situação das empresas autuadas.

Há elementos que comprovam, à exaustão, a acusação fiscal inicial do Auto de Infração, subsequentemente corroborada com as informações apuradas por meio das escutas telefônicas efetuadas com autorização judicial, bem como os demais elementos que vieram aos autos, obtidos na citada operação “Sabor que te Prende”.

Da documentação cotejada, exsurge a convicção de que a Coobrigada/distribuidora, era vinculada à Autuada, “Minas Triângulo”, não como responsável pela distribuição dos produtos de forma independente em seus negócios, como sustentado pela Defesa, mas, sim, em entendimento com a Autuada, concatenada e ordenadamente, de modo a propiciar a remessa triangular de mercadorias visando o pagamento do imposto pelo menor valor possível.

Também não socorre os Impugnantes a argumentação no sentido de que os valores das operações praticados nas notas fiscais emitidas pela Autuada seriam compatíveis com os valores de mercado para produtos similares destinados a distribuidores, pois isso decorre justamente da tentativa de dar aparência de legalidade às operações descritas nos documentos fiscais. O que se caracteriza, de fato, é a não existência das operações descritas documentalmente, mas sim as operações diretamente da “Minas Triângulo” para os varejistas constantes das notas fiscais emitidas pela Coobrigada “J. M.”.

A alegação de existência de outras operações da distribuidora com mercadorias de outros fornecedores que não a Autuada não descaracteriza o caráter de simulação em relação às operações objeto do lançamento.

Por tudo que foi exposto acima, resta demonstrada a confusão patrimonial entre os estabelecimentos envolvidos, permitindo-se inequivocamente a conclusão de que as saídas do estabelecimento da Autuada para a citada “distribuidora” tiveram

como fim a redução do ICMS devido nas reais operações, em relação à operação própria e em relação à parcela devida por substituição tributária.

Ressalta-se que a apuração do ICMS, ICMS/ST e multas aplicadas consta das planilhas trazidas na mídia de fls. 25. Além de essas planilhas terem conteúdo auto explicativo, inclusive com a existência de fórmulas em suas células, a Fiscalização expôs no relatório fiscal de fls. 26/50 minuciosa descrição dos critérios de apuração.

Verifica-se nas planilhas de apuração do ICMS e ICMS/ST que a Fiscalização, ao recompor as operações para a realidade dos fatos (vendas do estabelecimento da Autuada para os reais destinatários), deduziu as parcelas declaradas e recolhidas a título de ICMS operação própria e de ICMS/ST, tanto no período de opção pelo regime normal de tributação como no regime simplificado (Simples Nacional).

Já em relação às notas fiscais emitidas pela distribuidora, registra-se que nelas não se efetuava qualquer destaque de ICMS em relação às operações, porque era informado que o imposto havia sido recolhido anteriormente por substituição tributária, exceto em relação às notas fiscais destinadas a outra UF, cujo imposto destacado foi considerado pela Fiscalização.

Registra-se que a Autuada é contribuinte substituta tributária por força do disposto art. 12 do Anexo XV do RICMS/02 (art. 22, inciso II, da Lei nº 6.763/75), estando as mercadorias (massas alimentícias) listadas no Capítulo 17 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Para apuração da parcela do ICMS/ST ora exigida, a Fiscalização observou as disposições previstas na legislação mineira para fixação da base de cálculo, conforme o disposto na alínea “b”, item 3, do art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Foi aplicada a alíquota de 18% (vinte por cento) prevista para as mercadorias comercializadas (art. 42, inciso I, alínea “e”, da Parte Geral do RICMS/02) e observada, quando devida, a redução da base de cálculo (item 36 do Anexo IV, do mesmo regulamento).

Quanto ao pleito da Defesa para que seja considerada a alíquota aplicável na sistemática do Simples Nacional, vale dizer que o fato de a Autuada estar enquadrada no regime simplificado de tributação não lhe socorre, conforme o disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei Complementar nº 123/06, por se tratar de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal hábil.

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, dentre outras já proferidas, abordando a questão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE NOTA FISCAL - INFORMAÇÕES OBTIDAS JUNTO ÀS EMPRESAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO - LEGALIDADE - PRECEDENTES DO COL. STJ - EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL - SUBSTITUIÇÃO

TRIBUTÁRIA - OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO SUBSTITUTO NO CASO DE OPERAÇÕES OU SERVIÇOS SUJEITOS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ALÍQUOTA - **VENDA DESACOBERTADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL - PERCENTUAL APLICÁVEL ÀS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS (...).**

2 - A OPÇÃO PELO "SIMPLES" NACIONAL NÃO EXCLUIU A OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO DO ICMS INCIDENTE NAS OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, CABENDO AO CONTRIBUINTE OU RESPONSÁVEL, NO ÚLTIMO CASO O SUBSTITUTO, O PAGAMENTO, DA MESMA FORMA QUE AS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS.

3 - TENDO SIDO IMPUTADO AO CONTRIBUINTE A PRÁTICA DE VENDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE NOTA FISCAL, O TRIBUTO DEVE SER CALCULADO COM BASE NA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS NÃO OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL, NA FORMA DO ARTIGO 13, §1º, XIII, F, DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006.

(...)

5 - NÃO AFASTADA A LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO APURATÓRIO INSTAURADO PELO FISCO ESTADUAL, BEM COMO DA FORMA DE CÁLCULO DO TRIBUTO, PERSISTE A HIGIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO.

6 - RECURSO DESPROVIDO. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0194.13.003416-9/001, RELATOR(A): DES.(A) SANDRA FONSECA , 6ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 03/12/2019, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 13/12/2019) (GRIFOU-SE).

Salienta-se que a aplicabilidade do referido artigo não depende da formalização do processo de exclusão do contribuinte no regime do Simples Nacional, por meio de Termo de Exclusão, como alegado pela Impugnante, bastando apenas que tenha ocorrido a operação desacobertada de documento fiscal.

Cumprido destacar que a alíquota aplicada pela Fiscalização não foi em virtude da exclusão da Autuada do Simples Nacional, iniciada pela Fiscalização quando da reformulação do lançamento, mas pela apuração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, conforme restou demonstrado nos autos, cujo crédito tributário deve ser apurado fora do regime especial de tributação, de acordo com a legislação posta.

No mesmo sentido, não cabe a pretensão de recomposição da apuração com a dedução créditos de ICMS referentes às entradas. Tal recomposição pode ser objeto de ação fiscal específica, decorrente da exclusão da Autuada do regime, quando ela se consumir.

Repita-se que o caso dos autos é de constatação de que a reais operações ocorreram desacobertadas de documentação fiscal, nos termos da norma ínsita no art. 149, inciso IV, da Parte Geral do RICMS/02, que assim dispõe:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 149. Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria: (...)

IV - com documento não enquadrado nas hipóteses do inciso anterior ou do inciso V do caput do art. 216 deste Regulamento e que contenha informações que não correspondam à real operação ou prestação.

(...)

Caracterizada a saída de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, esgotado está o prazo para recolhimento do imposto, então vencido, à luz do que dispõe o art. 89, inciso I, do RICMS/02, conforme consta na BASE LEGAL / INFRINGÊNCIA de fls. 16.

Dessa forma, correta a multa isolada exigida pela Fiscalização:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte; (Grifou-se).

No caso, inaplicável o redutor previsto na alínea “a” do dispositivo acima, como pretendido pela Defesa, porquanto o presente trabalho fiscal não se baseou exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte.

A referida multa isolada foi adequada ao disposto no inciso I do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, sendo limitada a “duas vezes o valor do imposto incidente na operação própria”. Ressalta-se que o limitador menciona “imposto incidente” e não “imposto exigido” como tangenciado pela Defesa.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pelos Impugnantes, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório das penalidades, à cumulação das multas de revalidação e isolada e à exigência de juros sobre a multa de revalidação, cumpre registrar que eles foram exigidos conforme determina a Lei nº 6.763/75 e não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA).

Vale dizer que a multa de revalidação foi exigida em razão da falta de pagamento integral do imposto. E a multa isolada foi exigida em razão da constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal.

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória. A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, dentre outras decisões.

A incidência dos juros (SELIC) sobre as multas está prevista na Resolução nº 2.880/97, alterada pela Resolução nº 4.404/12, editada com respaldo nos artigos 127 e 226 da Lei nº 6.763/75.

Com efeito, nos termos do art. 226 da Lei nº 6.763/75, c/c o art. 2º da Resolução SEF nº 2.880/97, os juros de mora incidem sobre as parcelas do crédito tributário relativas tanto ao tributo quanto à multa, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento.

Da Sujeição Passiva

Restou demonstrado que a Autuada foi quem, de fato, realizou as operações atuadas (operações constantes das notas fiscais emitidas pela distribuidora), utilizando-se da pseudo distribuidora apenas para suprimir parte do imposto devido a este estado.

Portanto, ela deve compor o polo passivo da obrigação tributária.

Também, a Fiscalização atribuiu à empresa pseudo distribuidora corretamente a responsabilidade solidária prevista no art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75.

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

Todos os relatos anteriores demonstram, à exaustão, a utilização da empresa coobrigada nas operações simuladas, com o claro intuito de reduzir o *quantum* tributário a recolher ao estado.

No tocante à inclusão do **Coobrigado Juliano Montandon Botelho** no polo passivo da obrigação tributária, restou caracterizada sua responsabilidade tributária solidária pelo crédito tributário, pois é ele o real proprietário das empresas atuadas, devendo responder pelo crédito tributário nos termos do disposto no art. 21, inciso XII (já citado) e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 (art. 135, inciso III, do CTN):

Lei nº 6.763/75

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 21- São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

Não é necessário que o Coobrigado seja formalmente o titular da empresa para a ele ser atribuída a responsabilidade solidária, pois, não raras vezes, aquele que integra o quadro societário figura apenas como “laranja”, a fim de que os efetivos proprietários sejam isentados de eventual responsabilização por sonegação fiscal.

Dessa forma, corretamente agiu a Fiscalização no sentido de investigar acerca da veracidade da composição societária e apurar a responsabilidade do verdadeiro proprietário da empresa autuada pela prática de atos ilícitos, com a consequente imposição das penalidades legais previstas.

Portanto, correta a inclusão do Sr. Juliano Montandon Botelho no polo passivo da obrigação tributária, malgrado não figurar na época dos fatos no quadro societário da empresa, mas dela ser titular de fato.

Procedente também é a inclusão no polo passivo da obrigação tributária do Coobrigada, titular da empresa autuada, **Livia Bellocchio** (conforme documentação societária), no período autuado, nos termos do disposto no art. 21, inciso XII (já citado) e § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, uma vez que os elementos constantes dos autos demonstram que, na condição de sócia formal, dito “laranja”, ela concorreu para o não recolhimento do tributo ora exigido, participando ativamente do esquema de sonegação.

Induidoso que a Coobrigada tinha conhecimento sobre a simulação de operações com supressão de parcela do imposto devido, sendo conhecedora do esquema de sonegação e dele participado ativamente, de maneira livre e consciente, juntamente com o real proprietário do empreendimento.

Em relação aos Coobrigados **responsáveis pelas empresas prestadoras de serviço de contabilidade**, depreende-se que eles realizaram a escrituração fiscal/contábil da Autuada e/ou Coobrigada, formal ou informalmente, bem como orientavam o *modus operandi* delas e/ou implementavam/transmitiam as informações ao Fisco, às quais sabidamente não correspondiam as reais operações. Sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária tem fundamento no art. 124, inciso II, do CTN e no art. 21, inciso XII e § 3º, da Lei nº 6.763/75:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 3º - São também pessoalmente responsáveis o contabilista ou o responsável pela empresa prestadora de serviço de contabilidade, em relação ao imposto devido e não recolhido em função de ato por eles praticado com dolo ou má-fé. (Grifou-se)

Da mesma forma, o Sr. **Charles Leonardo Barbosa Pires**, responsável pela empresa de contabilidade BRAVO – Assessoria e Consultoria Empresarial Ltda. (empresa contábil que prestava serviço para a Coobrigada “J. M.” e à Autuada “Minas Triângulo”).

Conforme diversas transcrições de interceptações telefônicas, o Sr. Charles comunicava-se continuamente com o Sr. Juliano a respeito dos atos de gestão irregular das empresas envolvidas.

Outrossim, não se encontra materializada nestes autos hipótese de aplicação do disposto no art. 112 do CTN.

Entretanto, conforme consta dos autos, a BRAVO – Assessoria e Consultoria Empresarial Ltda. prestou serviços de contabilidade para a Autuada no período de 01/07/14 a 04/10/15, e para a Coobrigada J.M. Distribuidora de Alimentos Uberaba Ltda, no período de 05/02/10 a 09/03/18.

Considerando que o período autuado é de 01/07/15 a 31/08/18 e que a BRAVO – Assessoria e Consultoria Empresarial Ltda prestou serviço para a pseudo distribuidora somente até 09/03/18 e não consta dos autos que após esta data tenha continuado exercendo qualquer atividade para as Autuadas, impõe-se que a responsabilidade do referido Coobrigado seja limitada ao período de 01/07/15 a 09/03/18.

Quanto ao Coobrigado **Ademir Fernando Borges**, contabilista da Autuada e, informalmente, da distribuidora, ele foi incluído no polo passivo da obrigação tributária de acordo com os fundamentos apresentados pela Fiscalização às fls. 197/207 dos autos, onde se descreve sua participação, livre e consciente, nos atos.

Conforme consta dos fundamentos para sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária, o referido Coobrigado, além de constar formalmente como contabilista da Autuada a partir de 02/06/17, prestava seus serviços, informalmente, para a empresa Coobrigada, constando, por exemplo, nos dados de entrega de arquivos da EFD dentre outras atividades ali detalhadas.

A transcrição dos diálogos entre o Sr. Ademir e o Sr. Juliano Montandon demonstra que o contabilista tinha pleno conhecimento da efetiva gerência das empresas pelo último, atuação esta omitida dos registros formais. Os diálogos também mostram os entendimentos entre os dois quanto às formas para dar a aparência de regularidade à triangulação empresarial articulada.

No caso do Coobrigado **Jamin Miguel de Souza**, a atribuição de responsabilidade decorre de sua participação como responsável pela assessoria contábil

Conformática Ltda. Segundo a Fiscalização, foi ele o orientador de todo o esquema de sonegação idealizado e implementado.

Contudo, segundo consta nos autos, referido contabilista demonstra que sua prestação de serviços para a Autuada iniciou-se em 05/10/15 e findou-se em 01/06/17 (fls. 208). Por outro lado, neste caso, o PTA trata de fatos ocorridos entre 01/07/15 e 31/08/18.

Apesar dessa divergência entre os períodos, a Fiscalização argumenta que o Sr. Jamim, antes de deixar de prestar formalmente os serviços de contabilidade, deixou toda a orientação para o comportamento fraudulento, que foi integralmente seguida, mesmo após a sua saída, pelas empresas e seu administrador, Sr. Juliano. Conclui, assim, que a orientação gerou efeitos durante e após o período em que estava formalmente prestando os serviços contábeis.

Entretanto, a atribuição de responsabilidade pessoal ao contabilista deve estar relacionada com a efetiva participação na implementação dos fatos ocorridos. Somente os fatos contemporâneos à sua atuação como dito orientador de todo o esquema podem gerar a atribuição de responsabilidade baseada no § 3º do art. 21 da Lei nº 6.763/75.

Não seria razoável admitir que, uma vez prestado o serviço por determinado período, o contabilista ficasse indefinidamente sujeito à responsabilidade por atos praticados por terceiros posteriormente, mesmo não tendo mais relações com quem praticou os atos. A menos que informalmente houvesse a efetiva prestação de serviços pelo contabilista, mas isso não foi demonstrado nos autos.

Portanto, há que limitar a responsabilidade do Sr. Jamin ao período de 05/10/15 a 31/05/17.

Da Exclusão da Autuada do Simples Nacional

Consta às fls. 406/407 o “Termo de Exclusão do Simples Nacional”.

Conforme Consulta Optantes (fazenda.gov.br) relativa ao Simples Nacional, a Autuada esteve enquadrada no referido regime simplificado nos seguintes períodos: **01/01/17 a 31/07/20** (excluída por comunicação obrigatória do Contribuinte) - **01/07/14 a 31/03/15** (excluída por comunicação obrigatória do Contribuinte).

Relembre-se que o período ora autuado nestes autos é de **01/07/15 a 31/08/18**.

A Fiscalização explica que “as infringências constatadas em todos os demais Autos de Infração emitidos contra a Autuada são idênticas e ocorreram em períodos posteriores à constatação da prática reiterada das infrações constantes destes autos”.

Também no que concerne à exclusão de ofício da Impugnante/Atuada do regime do Simples Nacional (optante a partir de 01/01/17), ao contrário da afirmação da Autuada, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto.

Conforme consta do “Termo de Exclusão do Simples Nacional” de fls. 405/406, referida exclusão respalda-se nos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V e XI, §§ 1º

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

e 2º do mesmo artigo, ambos da Lei Complementar nº 123/06; arts. 63 e 76, inciso IV, §§ 3º e 6º, incisos I e II, ambos da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94/11, vigente à época dos fatos geradores (revogada, posteriormente, pela Resolução CGSN nº 140/18):

Lei Complementar nº 123/06

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:
(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;
(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26; (...)

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

§ 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável segundo o regime especial previsto nesta Lei Complementar.
(...)

Resolução CGSN nº 94/11

Art. 63. Os livros e documentos fiscais previstos nesta Resolução serão emitidos e escriturados nos termos da legislação do ente tributante da circunscrição do contribuinte, com observância do disposto nos Convênios e Ajustes Sinief que tratam da matéria, especialmente os Convênios Sinief s/n, de 15 de dezembro de 1970, e nº 6, de 21 de fevereiro de 1989, bem como o Ajuste Sinief nº 7, de 30 de setembro de 2005 (NF-e), observado o disposto no art. 61-A. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 26, inciso I; art. 26, §§ 4º, 4º-A, 4º-B, 4º-C, 10 e 11)

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 03 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

§ 2º O prazo de que trata o inciso IV do caput será elevado para 10 (dez) anos caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo apurável na forma do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 2º).

§ 3º A ME ou EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

I - a ocorrência, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais;

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo. (...) (Grifou-se).

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, dê saídas a mercadorias desacobertadas de documentos fiscais.

Para a caracterização da prática reiterada na hipótese do inciso I do § 6º do citado art. 76, exige-se a ocorrência, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações objeto de formalização por intermédio de Auto de Infração, como ocorreu no presente caso.

Já na hipótese de prática reiterada prevista no inciso II do referido § 6º, basta a ocorrência, pela segunda vez, da mesma infração e a comprovação de utilização

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo, situação também configurada nos presentes autos.

Registra-se que restou comprovada a utilização de meios fraudulentos (simulações de operações entre a Autuada e a distribuidora, bem como a inclusão de terceiros no quadro social da Autuada, ocultando o verdadeiro titular da empresa) com o fim de reduzir o pagamento de tributo, também para permanecer usufruindo, indevidamente, dos benefícios previstos no citado regime tributário diferenciado.

Assim, verificam-se comprovadas as duas ocorrências caracterizadoras da prática reiterada, incisos I e II do §9º retro, não obstante bastasse apenas uma delas para tal *mister*.

Registra-se que constou no “Termo de Exclusão do Simples Nacional”, parte final, como fundamentos dos efeitos da referida exclusão o disposto no §2º do inciso IV do art. 76 retro.

A referida exclusão encontra-se devidamente motivada e foram observados os princípios da ampla defesa e devido processo legal, o que torna regular o referido ato, estando, ainda, respaldado tal procedimento pela jurisprudência do E. TJMG (Apelação Cível nº 1.0024.12.169985- 4/001).

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos das reformulações do crédito tributário efetuadas pela Fiscalização às fls. 166/223 e 379/407 e, ainda, para limitar a responsabilidade solidária do Coobrigado Charles Leonardo Barbosa Pires ao período de 01/07/15 a 09/03/18, e do Coobrigado Jamin Miguel de Souza ao período de 05/10/15 a 31/05/17. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Pelos Impugnantes Minas Triângulo Distribuidora Alimentícia Eireli, Livia Bellocchio, Ademir Fernando Borges e Juliano Montandon Botelho, sustentou oralmente o Dr. Pedro de Assis Vieira Filho e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Patrícia Pinheiro Martins. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Nayara Atayde Gonçalves Machado (Revisora) e Luciene Aparecida Silva Franco.

Sala das Sessões, 22 de junho de 2021.

Heldo Luiz Costa
Relator

Alexandre Périssé de Abreu
Presidente

D

23.786/21/1ª